# Der Rang der Hypothek.

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

juristischen Fakultät

der

**Universität Rostock.**

Vorgelegt von

Herbert Richter

Rechtskandidat aus Fürstenwalde Spree.

1911.

BUCHDRUCKEREI H. RICHTER, FÜRSTENWALDE SPREE.

# Der Rang der Hypothek.

---

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

juristischen Fakultät

der

**Universität Rostock.**

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

---

Vorgelegt von

Herbert Richter

Rechtskandidat aus Fürstenwalde Spree.

1911.

Buchdruckerei H. Richter, Fürstenwalde Spree

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0094

# Literatur-Verzeichnis.


Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung nebst den Preussischen Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Uebersicht über das materielle Grundbuchrecht. Berlin 1901.

Badstübner: Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1902.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.

Boehm: Das materielle und formelle Grundbuchrecht. Hannover 1898.

Brettner: In „Das Recht" 1900. Seite 298.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band II. Jena 1904.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band III. Tübingen 1905.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Band III. 2. Auflage. Halle 1901.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Riehl, Schaffeld und Schmitt. Reichsgerichtsräten. Band I Nürnberg und Leipzig 1910. Zitiert als „Reichsgerichtskommentar".

Eccius: Preussisches Privatrecht. Band III. 7. Auflage. Berlin 1896.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II. Berlin 1905.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerechts. 4. Auflage. Berlin 1906.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Sachenrecht. Marburg 1901.

Enneccerus-Wolff-Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. und 5. Auflage. Band II. Marburg 1909/1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band 19. 57. 60. 64.

Fischer--Schaefer: Die Gesetzgebung betr. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preussen. 2. Auflage. Berlin 1910.

Fuchs: Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band I. Berlin 1902.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Band II. Leipzig 1905.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Band II. Berlin 1907.

Güthe: Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die Preussischen Ausführungsbestimmungen. Band I. Berlin 1905.

Hagelberg: Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. 1. 2. u. 3. Lieferung. Berlin 1910/1911.

Harnier: Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Berlin 1909.

Jäckel-Güthe: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. Berlin 1909.

Johow-Ring: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Juristische Wochenschrift.

Krech-Fischer: Die Preussische Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 3. Auflage. Berlin 1894.

Kuhlenbeck: Das B. G. B. für das Deutsche Reich. Band II. Berlin 1900.

Kurlbaum: Neue Grundsätze der Zwangsversteigerung von Immobilien nach dem Preussischen Gesetze vom 13. Juli 1883. Stuttgart 1883.

Langheineken: In „Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess“. Band 12 Seite 265 ff. Leipzig 1902.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage. München 1906.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes. 5. Auflage. Berlin 1910.

Meyerhoff: Corpus juris civilis für das Deutsche Reich und Preussen. Band III 3. Teil 1904.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Sachenrecht.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1905.

Neumann: Jahrbuch des Deutschen Rechtes. 3. und 5. Jahrgang. Berlin 1905/1907.

Niedner: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Berlin 1904.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht und die Preussischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. 2. Auflage. Berlin 1900.

v. d. Pfordten: Kommentar zu dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. München 1905.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Band III. 3. Auflage. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches (Achilles, Gebhardt, Spahn), Sachenrecht.

Reinhard: Das Zwangsversteigerungsgesetz mit dem zugehörigen Einführungsgesetze. Leipzig 1901.

Salzer: In „Notariatszeitschrift für Elsass-Lothringen“ Seite 1 ff. Strassburg.

Schneider: Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909. Nürnberg und Leipzig 1910.

Schoeller: Die Vorrechtseinräumung nach heutigem Preussischen Grundbuchrecht. Düsseldorf 1895.

Schoeller: Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung nach dem Reichsgesetz vom 24. März 1897. Düsseldorf 1899.

Serini: Rangvorbehalt und Zwischenhypothek. Dissertation Erlangen. München 1900.

Simon: Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Stuttgart, Berlin, Leipzig. 1909.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Band III. 5. und 6. Auflage. München 1909/1910.

Steiner: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. München 1909.

Strecker: Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken. 1898.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preussischen Ausführungsbestimmungen. Band I: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Auflage. Paderborn 1906.

Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.

Windscheidt-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage. Band I. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1909.

# Disposition.

A. **Einleitung:** Wichtigkeit einer Betrachtung des Ranges der Hypothek.

B. **Ausführung:** Die Bedeutung des Ranges der Hypothek mit Rücksicht auf die Vorschriften

I. des Bürgerlichen Gesetzbuchs:
   a. Der Rang nach § 879,
   b. die Aenderung des Ranges,
   c. der Rangvorbehalt;

II. des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung, und zwar hinsichtlich
   a. des geringsten Gebotes,
   b. der Verteilung des Versteigerungserlöses,
   c. der Verteilung der Verwaltungsüberschüsse bei einer Zwangsverwaltung.

III. des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen.

C. **Schluss:** Kurzer Rückblick und Ausblick.

Im wirtschaftlichen Leben wird selten der Fall eintreten, dass ein Grundstück völlig rein von Belastungen im Grundbuch verzeichnet ist. Grunddienstbarkeiten und Reallasten werden oft vorhanden sein. Vor allen anderen werden aber Hypotheken in Frage kommen, welcher Art sie auch sein mögen. Und zwar werden Hypotheken nicht nur einem, sondern mehreren Gläubigern bestellt sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Pfandrecht am Grundstück besonders fein ausgearbeitet und es dem Grundstückseigentümer besonders leicht und bequem gemacht, sein Grundstück mit Hypotheken zu belasten. Dass darin zugleich eine grosse Gefahr liegt, ist selbstverständlich. Durch diesen Zustand wird leicht eine Aussaugung des Grund und Bodens begünstigt und die Verschuldung befördert, — Missstände, die für das römische Recht nicht in Frage kommen konnten.

Von der grössten wirtschaftlichen Bedeutung wird es nun sein, in welchem Rangverhältnis die einzelnen Grundstückspfandrechte stehen. Der Rang ist für die Mündelsicherheit entscheidend, vom Rang, den jemand inne hat, hängt es ab, ob er bei einer eventuellen Zwangsversteigerung des Grundstücks befriedigt wird oder nicht. —

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das Hypothekenrecht in den §§ 1113—1204. Der Gesetzgeber hat es also in das Gesetzbuch eingeschaltet. Daraus folgt, dass die allgemeinen Vorschriften, die Grundlagen des ganzen Hypothekenrechts, sich schon in den Bestimmungen über Grundstücke überhaupt, also in den §§ 873—902, finden werden und der Gesetzgeber nicht nötig hatte, später noch einmal auf sie einzugehen.

Zu diesen Fundamenten des Hypothekenrechts gehören nun vor allem — wegen der erwähnten Wichtigkeit für das praktische Leben — auch die Vorschriften über den Rang der Hypothek.

Der Rang bestimmt sich vor allem danach, wie er von den Parteien gewollt ist.

Haben die Parteien nichts bestimmt, so kommt es darauf an, ob die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs stehen oder in verschiedenen (Hypotheken und Reallasten).

Im ersteren Falle ist massgebend **die Reihenfolge der Eintragungen** (sog. **Lokusprinzip**). Auf das Datum kommt es hierbei nicht an. Eine Datierung ist aber wünschenswert, wie sich aus der Sollvorschrift des § 45 Grundbuchordnung ergibt.

Ja, es wird sogar angenommen werden müssen, dass die Eintragungen räumlich rangieren, wenn sie unter derselben Nummer stehen und zwar um jeder Verkehrsunsicherheit vorzubeugen; daran ändert auch nichts der Schlussatz von § 879 Absatz 1. Dieser bezieht sich nur auf Satz 2[1]).

War eine Ranggleichheit beabsichtigt, so hätte das durch einen entsprechenden Rangvermerk geschehen müssen. —

Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen — steht also z. B. der Rang der Hypothek und einer Reallast (also 3. und 2. Abteilung) in Frage — so ist gemäss § 879 Absatz 1 Satz 2 **das Datum** ausschlaggebend. Ist eine Eintragung in Folge eines Versehens undatiert geblieben, so hat sie trotzdem den Vorrang vor einem ihr folgenden datierten Eintrag; aus Gründen der Rechtslogik[2]) muss sogar angenommen werden, dass sie auch den Eintragungen einer anderen Abteilung vorgeht, denen die ihr folgenden derselben Abteilung vorgehen.

Gemäss § 879 Absatz 2 soll die Eintragung den Rang auch sichern, „wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechts erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist", wenn das Recht also früher eingetragen ist, als es in der Tat zur Entstehung gelangt. Es könnte angenommen werden, dass ein demnächst Eingetragener dem ohne Einigung Voreingetragenen dessen besseren Rang streitig machen könnte. Das ist aber nicht der Fall.

[1]) Fuchs S. 87: Goldmann-Lilienthal S. 239 Anm. 10; Boehm Anm. 4; Biermann Anm. 2. — A. A. Dernburg S. 606.

[2]) Biermann S. 55 Anm. 1; Mäenner § 9 Anm. 7 S. 63; Kuhlenbeck Bem. 1 S. 634; Planck Bem. 2 S. 100; Fuchs Bem. 2 S. 87; v. Staudinger S. 113, 2 c. — A. A. Motive zum 1. Entwurf der Grundbuchordnung (1889) S. 91. Strecker S. 78.

Das Gleiche (dass es also auf die Eintragung ankommt) gilt, wenn die Hypothek bedingt ist[3]). Ist sie aufschiebend bedingt und belastet der Eigentümer das Grundstück weiter, noch bevor die Bedingung eingetreten ist, so ist trotzdem im Falle des Eintritts der Bedingung das damals bedingte Recht das besser berechtigte. Das folgt aus § 161 Abs. I. B. G. B. Hier heisst es:

„Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung **insoweit** unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde."

Dass die Hypothek ein Gegenstand ist, ist unzweifelhaft, da der Begriff „Gegenstand" im Bürgerlichen Gesetzbuche sowohl Sachen wie Rechte umfasst, und dass in einer Weiterbelastung von seiten des Eigentümers eine Verfügung liegt, ist ebensowenig zweifelhaft, da man unter Verfügung ein Rechtsgeschäft zu verstehen hat, durch das unmittelbar ein Recht verändert, begründet, belastet oder aufgehoben wird.

Der erste Entwurf hatte diesen Grundsatz im § 840 Absatz 1 auch ausdrücklich ausgesprochen.[4]) Später liess man jedoch, mit Rücksicht auf den eingeführten § 135 I. Entwurf, der dem § 161 B. G. B. entspricht, eine derartige ausdrückliche Regelung, weil überflüssig, wieder fallen.

Für Rechte unter einer auflösenden Bedingung gilt ent-

[3]) Windscheidt-Kipp S. 1230; Matthiass S. 441; Crome S. 707; Turnau-Förster 1 S. 165/6; Protokolle (Sachenrecht) S. 91; Biermann Nr. 1; Oberneck S. 196; Endemann S. 52 Anm. 2, der hier seine Ansicht in der 3.—5. Auflage im Sinne der oben angenommenen ändert; Planck III. S. 100 Anm. 3. P. begründet seine Ansicht einmal mit der durch die Bestellung eines Rechts erfolgenden dinglichen Gebundenheit des Bestellenden, andererseits mit einer analogen Anwendung des § 879 Abs. 2. Diese Vorschrift beruhe ebenso wie die im § 900 Abs. 2 Satz 2 B. G. B. auf dem Grundsatze, dass die Eintragung für den Rang eines Rechtes entscheidend ist ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung.

[4]) „Unter mehreren Rechten an einem Grundstücke, zu deren Entstehung die Eintragung in das Grundbuch erforderlich war, geht das dem Datum nach früher, wenn auch nur bedingt, eingetragene Recht dem später eingetragenen Rechte vor."

sprechendes d. h. das Recht bekommt sofort seinen Rang, tritt die Bedingung ein, so verliert es ihn.

Auch kann der Fall praktisch werden, dass eine Hypothek eingetragen ist, es ist bei dieser Eintragung aber eine wesentliche Vorschrift übersehen worden, — es ist der § 1115 B. G. B. verletzt — die Eintragung ist also nichtig. Bald darauf wird nun eine formell vollkommen rechtsgültige Eintragung vorgenommen.

In einem solchen Falle kann natürlich die nichtige Eintragung, wenn die Nichtigkeit erst nach dem Eintrag der rechtsgültigen Hypothek gehoben wird, nicht den Vorrang vor der rechtsgültigen Eintragung beanspruchen. Sie rangiert vielmehr hinter ihr. Das folgt aus der Vorschrift des § 141 B. G. B. Hier heisst es:

„Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen.

Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre."

Es wird also dem Hypothekenbesteller, dem Eigentümer, obliegen, dem Gläubiger seinen alten Rang zu verschaffen, soweit sich natürlich der inzwischen rechtsgültig eingetragene damit einverstanden erklärt.

Sache des Grundbuchrichters ist es, falls nicht die Zwischengläubiger freiwillig zurücktreten, den Rang der ersten Hypothek zu ändern, da ja sonst das Grundbuch unrichtig ist.

Am praktischsten wird er die alte, nichtige Hypothek löschen und die nunmehr formgültige als eine neue eintragen — natürlich hinter der Zwischenhypothek, oder er kann auch in der Spalte „Veränderungen" einen Vermerk über das nunmehr richtige Rangverhältnis der Hypotheken machen.

Nun kann es aber auch sein, dass der Grundbuchrichter aus irgend einem Versehen dem A, der Anspruch auf den besseren ersten Rang hat, den schlechteren zweiten zuteilt und dem B den besseren ersten, obwohl B darauf überhaupt keinen Anspruch hat und dies auch zugesteht. Soll auch in diesem

Falle dieses falsche Rangverhältnis das richtige und für den Verkehr massgebende sein? Man wird die Frage zu bejahen haben.[5])

Bemerkt der Richter seinen Irrtum noch bevor, wenn es sich um eine Briefhypothek handelt, der Eigentümer oder der irrtümlicherweise mit dem besseren Range eingetragene Gläubiger den Hypothekenbrief erhalten hat oder bei einer Buchhypothek der Berechtigte benachrichtigt ist oder der Eigentümer oder der Berechtigte sich mit der Berichtigung einverstanden erklärt hat, so kann er von Amtswegen seinen Irrtum berichtigen.[6])

Bemerkt der Richter ihn nicht vor dieser Frist, dann bleibt es bei dieser Eintragung und der Benachteiligte hat nicht einmal einen Berichtigungsanspruch im Sinne der §§ 894, 899 B. G B., selbst dann nicht, wenn der Schlechterberechtigte in bösem Glauben über das Recht des Besserberechtigten war.[7])

Sollte § 894 Platz greifen, so müsste angenommen werden, dass der Inhalt des Grundbuchs nicht der tatsächlichen Rechtslage entspreche. Das ist aber nicht der Fall. Nicht auf die Grund**akten** kommt es an, sondern auf das Grund**buch**. Und das ist richtig. Denn nicht ausschlaggebend ist, was hätte eingetragen werden sollen, sondern was der Grundbuchrichter tatsächlich eingetragen hat. „Rangbegründend ist nicht das Präsentatum, sondern die Eintragung.“[8])

Aber auch eine Beschwerde und ein Bereicherungsanspruch ist nicht gegeben.

Eine Beschwerde gegen eine Eintragung ist unzulässig. Das sagt § 72 Absatz 2 Grundbuchordnung ausdrücklich. Höchstens könnte gemäss Abs. 2 Satz 2 im Wege der Beschwerde verlangt werden, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 54 G. O. einen Widerspruch einzutragen. Aber ein Widerspruch setzt doch stets voraus, dass das Grundbuch unrichtig ist — und das ist, wie erwähnt, nicht der Fall.

Auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wird nicht ohne weiteres anzunehmen sein; jedenfalls liegt in

[5]) Ebenso R. G. 57, 277; J. W. 04, 299.
[6]) So auch Turnau-Förster, Seite 166,5.
[7]) Fuchs Seite 89 o; A. A. Meyerhoff S. 203.
[8]) Fuchs S. 89 o.

der blossen Tatsache, dass der eine falsch eingetragen ist, dass also § 46 G. O. verletzt ist, noch nicht eine Bereicherung der Begünstigten auf Kosten des Benachteiligten,

„da sie (die Begünstigten) nur das erlangt haben, was ihnen auf Grund der ihnen erteilten Eintragungsbewilligung und des Eintragungsantrages infolge ihrer Eintragung gebührte, selbst wenn sie bei ihrer Eintragung Kenntnis von der den anderen Gläubigern früher erteilten und bei dem Grundbuchamte früher eingegangenen Eintragungsbewilligung gehabt hätten." (R. G. 57, 277, zitiert bei Neumann 1905 zu § 879 B. G. B.).[9] Seinen Anspruch gegen den Staat behält der Verletzte natürlich stets. (Vergl. R. G. 60,392 ff.)

Schon oben ist erwähnt worden, dass die Parteien das Recht haben, bei der Bestellung des Rechts eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses zu treffen. § 889 Absatz 3 lässt das ausdrücklich zu. Aber zu der Eintragung muss noch die Einigung kommen, wie sich aus § 873 Absatz 1 ergibt.[10] Für das formelle Recht kommt hier § 46 Absatz 3 G. O. in Frage. Fraglich kann dabei werden, ob derjenige, der eine Hypothek in einem **bestimmten** Range verspricht, seine Verpflichtung schon durch eine beglaubigte schriftliche Eintragungsbewilligung genügend erfüllt hat. Das ist, wie im Urteil des O. L. G. Hamburg vom 28. April 1904 (mitgeteilt bei v. Staudinger Seite 115) ausgeführt ist, nicht der Fall. Er haftet auch dafür, dass bis zur Eintragung keine andere, den eingeräumten Rang verschlechternde Eintragung erfolgt.

Die in § 879 für den Rang der Hypotheken massgebenden Vorschriften finden jedoch nur Anwendung auf wirklich **eingetragene** Hypotheken. Nun gibt es aber im Bürgerlichen Gesetzbuche einen Fall, wo eine Hypothek kraft Gesetzes, also ohne Eintragung entsteht. (Die Zivilprozessordnung erwähnt einen derartigen Fall im § 848 Absatz 2). Gemäss § 1287 B. G. B. erwirbt nämlich der Pfandgläubiger einer Forderung, die auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück geht, im

[9]) v. Staudinger S. 122/3; Kuhlenbeck S. 46,4; Fuchs S. 89; Planck Bem. 4; Willenbücher S. 14/15.

[10]) Vergleiche v. Staudinger Seite 114.

Augenblick der Eintragung eine Sicherungshypothek an dem Grundstück.

Hier ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Entstehung des Rechts massgebend.[11]) Man muss jedoch einen Unterschied machen, ob eine Konkurrenz mit eingetragenen Rechten vorliegt oder nicht und im ersteren Falle die nicht eingetragenen den eingetragenen Rechten nachgehen lassen.[12]) Das erfordert das Publizitätsprinzip des Grundbuchs.

Entstanden ist das Recht allerdings auch ohne Eintragung,[13]) wodurch das Grundbuchrechtsprinzip, wonach Rechte am Grundstück nur durch Eintragung enstehen, durchbrochen ist.

Dritte brauchen das nicht eingetragene Recht jedenfalls nur bei Kenntnis gegen sich gelten zu lassen.

Eine besondere Vorschrift über den Rang enthalten die §§ 1119 und 1131 B. G. B., wonach (1119), falls die Forderung unverzinslich ist oder der Zinssatz niedriger ist als 5%, die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich — oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden kann, dass das Grundstück für Zinsen bis 5% haftet. Dasselbe gilt für nachträgliche Aenderungen des Zahlungsorts und der Zahlungszeit.

Gemäss § 1131 erstrecken sich, falls ein Grundstück (nach § 890 Absatz 2) einem anderen Grundstück im Grundbuch zugeschrieben wird, die an diesem bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück. „Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor."

Erwähnt sei schliesslich an dieser Stelle noch die Vorschrift des Artikel 118 Einführungsgesetz zum B. G. B., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben

[11]) Strecker S. 78; Oberneck § 39, Ziffer 3 S. 197; v. Staudinger S. 114.

[12]) Mit Fuchs S. 90; Willenbücher S. 15. A. A. Reichsgerichtskommentar S. 769 o.

[13]) So auch Protokolle III S. 77: „Das Grundbuch gewährleiste die Vollständigkeit seines Inhalts nicht in dem Sinne, dass Rechte, die zu ihrer Entstehung der Eintragung nicht bedürfen, zu Gunsten des auf das Grundbuch vertrauenden Erwerbers als nicht bestehend gelten, falls sie nicht eingetragen seien.

sollen, die einer . . Hypothek . . ., die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung des belasteten Grundstücks gewährten Darlehns zusteht, den Vorrang vor anderen Belastungen des Grundstücks einräumen.

---

Im vorigen Abschnitt ist gesagt worden, dass die Parteien von Anfang an das Recht haben, das Rangverhältnis der Hypotheken nach ihrem Belieben zu gestalten.

Gemäss § 880 B. G. B. haben sie aber auch die Befugnis, nachträglich den Rang zu ändern. Diese Befugnis musste ihnen ausdrücklich vom Gesetze zugestanden werden, weil ja für das Sachenrecht im Gegensatze zum Obligationenrecht das Prinzip der Gebundenheit herrschend ist, dass es den Parteien also genommen ist, frei nach ihrem Willen zu verfahren.

Aus der Zulassung der nachträglichen Aenderung folgt also, dass der Gesetzgeber dieser Rangänderung eine sachenrechtliche Bedeutung gegeben hat.

Bei der Prüfung der rechtlichen Natur dieser Rangänderung wird vor allem festzustellen sein, als was sich der Rang als solcher rechtlich qualifiziert. Nach den Protokollen[14] hat er nach Verkehrsauffassung die Stellung eines selbstständigen wirtschaftlichen Gutes. Der Rang steht danach also neben dem Recht. Rang und Recht sind verschieden.

Will der Vorstehende einem Nachstehenden seinen Rang einräumen, so geschieht das in der Weise, dass der Vortretende dem Zurücktretenden seinen Rang abtritt und umgekehrt. Nicht etwa kann von einer **einseitigen** Uebertragung des besseren Ranges auf den nachstehenden Hypothekengläubiger die Rede sein. Denn in diesem Falle hat ja der nachstehende nunmehr zwei Ränge. Das ist schlechterdings unmöglich.

Die gegenseitige Abtretung ist jedoch als eine resolutiv bedingte aufzufassen, wobei resolutiv bedingt der Untergang des einen Rechts ist. Eine Ausnahme muss dann statuiert werden, wenn das vortretende Recht kraft Rechtsgeschäft erlischt. Dann hat dieses Erlöschen gemäss § 880 Abatz 4 auf den

[14]) Protokolle III, 98.

Vorrang keinen Einfluss.[15]) Die Rangänderuung ist also eine resolutiv bedingte wechselseitige Rangabtretung.

Zu der Aenderung des Ranges ist nun nach § 880 die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Aenderung in das Grundbuch erforderlich.[16])

Fraglich kann dabei werden, ob der Rangvermerk bei dem vor- **und** dem Zurücktretenden Recht eingetragen werden muss, oder ob ein Vermerk nur bei einem der beiden Rechte genügt.

Aus dem Grundsatz des öffentlicheu Glaubens des Grundbuchs heraus ist die Frage dahin zu beantworten, dass der Vermerk bei **beiden** Rechten zu erfolgen hat.[17]) Die Rangänderung hat ja aufgehört, nur eine Obligation darzustellen, sondern hat dingliche Wirkung und ist unabhängig von dem Bestande der zurücktretenden Post. Trüge man den Vermerk nur bei der zurücktretenden Post ein, so wäre es jedem Dritten unmöglich, bei einer Löschung des Zurücktretenden sich ein richtiges Bild von der wahren Rechtslage zu machen. Es verliert ja gemäss § 880 Absatz 4 B. G. B. die Rangänderung **nur dann** ihre Bedeutung, wenn die Aufhebung des zurücktretenden Rechts nicht auf Rechtsgeschäft beruht (z. B. wenn eine Hypothek den Vorrang vor einem Niessbrauch erhält und der Niessbrauch durch den Tod des

[15]) Biermann zu § 880. Im Ergebnis übereinstimmend Fuchs S. 99; ähnlich Gierke S. 323 Anm. 91. — A. A. ist Planck Bem. II, 1, der ohne Begründung in der Rangänderung eine Belastung des Zurücktretenden zu Gunsten des Vortretenden sieht. Wäre diese Auffassung richtig, so wäre es unverständlich, warum das Gesetz von einem „eingeräumten" Rang im § 880 Abs. 4 spricht (ebenso auch Goldmann-Lilienthal S. 249 Anm. 74).

Dernburg § 217 Ziffer 2 nimmt einen reinen Stellentausch an. v. Staudinger S. 120 II spricht von einem Verzicht des Zurücktretenden zu Gunsten des Vortretenden auf seine bevorzugte Stellung.

[16]) Zur Eintragung ist der Nachweis der Bewilligung des Zurücktretenden genügend. Nachweis der Einigung der Parteien ist nicht erforderlich. Vergl. Entscheidungen des Kammergerichts bei Johow Bd. 21. S. A. 306; Bd. 28. S. A. 265.

[17]) v. Staudinger S. 118b; Reichsgerichtskommentar S. 775; Biermann zu § 880 Nr. 1; Strecker S. 80; Fuchs S. 93. — A. A. Böhm S. 37B, nach dem die Eintragung bei dem vor- **und** zurücktretenden Recht lediglich aus Zweckmässigkeitsrücksichten erfolgen soll.

Nach Achilles-Strecker S. 284 ist die doppelte Eintragung „vorzuziehen".

Niessbrauchers erlischt[18]). Beruht die Aufhebung auf Rechtsgeschäft, so geht der Vorrang nicht verloren.

Diese Zweifelsfrage (wo der Vermerk einzutragen ist) ist vor allem dadurch hervorgerufen worden, dass die **Protokolle** nicht mit genügender Schärfe ihren Standpunkt klargelegt haben, wenngleich betont werden soll, dass unserer Ansicht nach das „werden" in den Protokollen[19]) dem „müssen" ohne Bedenken gleichgesetzt werden kann, wie es ja auch häufig im Sprachgebrauch geschieht.

Zu der Rangänderung ist eine Zustimmung der Zwischenstehenden nicht erforderlich, da sie ja durch die Aenderung nicht berührt werden. Ausnahmsweise werden sie nur dann gefragt werden müssen, wenn auch ihr Rangverhältnis geändert werden soll.

Unzulässig ist allerdings ohne Zustimmung der vorstehenden Hypothekengläubiger die Eintragung einer Hypothek mit dem Vermerke, dass ihr vor dem jeweils getilgten Teile anderer im Range vorgehender Hypotheken der Vorrang zustehen soll. (Vgl. Entsch. F. G. Bd. 4, S. 243; Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 28 A. S. 139.)

Zu der Aenderung des Ranges der Hypothek genügt nun aber nicht die Einigung des vor- und des zurücktretenden Hypothekengläubigers und die Eintragung, sondern es muss auch, wenn eine Hypothek zurücktreten soll, noch die Zustimmung des Grundstückseigentümers vorliegen. (§ 880 Abs. 2 Satz 2). (Das gilt auch dann, wenn die vor- und zurücktretende Post demselben Hypothekengläubiger zusteht.[20])

Diese Vorschrift ist von grosser Bedeutung und musste ausdrücklich erwähnt werden, weil ja das Bürgerliche Gesetzbuch das Institut der Eigentümerhypothek kennt, d. h. erlischt die Forderung, für die die Hypothek bestellt war, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek. Wäre die Vorschrift nicht da, so wäre natürlich die Interessensphäre des Eigentümers im

[18]) Beispiel aus der Denkschrift S. 179.

[19]) „Die Rangänderung **wird** nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Recht eingetragen". Mitgeteilt bei Fuchs S. 93.

[20]) Biermann Bemerkung 1c zu § 880; v. Staudinger S. 119 f.

Falle der Rangänderung der Hypotheken ohne seine Zustimmung erheblich gefährdet.[21])

Allerdings ist von dieser Regel im § 1151 B. G. B. eine Ausnahme gemacht worden. Nach dieser Vorschrift ist bei einer Teilung der Forderung zur Aenderung der Rangverhältnisse der Teilhypotheken unter einander die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich.[22])

Die Zustimmung des persönlichen Schuldners, wenn er verschieden ist vom Eigentümer, ist nicht nötig, da er gemäss § 1165 B. G. B. insoweit frei wird, als er ohne die Rangänderung aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können.

Tritt der Fall ein, dass **mehreren** Hypotheken gleichzeitig der Vorrang vor einer anderen Hypothek eingeräumt werden soll, so sind die Vortretenden sämtlich gleichberechtigt, sie erhalten alle den Rang der zurücktretenden Post.[23]) Soll einem Rechte der Vorrang vor mehreren Rechten eingeräumt werden, so tritt es unbedingt vor diese. Die Rangordnung der zurücktretenden Rechte bleibt unberührt. (R. G. 64,105; O. L. G. 12,278).

Da es sich nun bei den meisten Grundstücksbelastungen nicht nur um **zwei** Hypotheken, um die vor- und die zurücktretende also, handeln wird, entsteht die wichtige Frage, welchen Einfluss eine Aenderung des Ranges auf die Zwischenhypotheken hat.

Nach § 880 Absatz 5 B. G. B. sollen die Rechte, die zwischen dem vor- und dem zurücktretenden Rechte stehen, durch die Rangänderung nicht berührt werden. Sie sollen also durch eine eventuelle Aenderung des Ranges weder einen Vorteil noch einen Nachteil erleiden.

Wird die vorgetretene Post durch irgend welche Ursachen aufgehoben, so rücken nicht die Zwischenrechte auf, sondern die zurückgetretene Post erhält ihren alten Rang wieder.

Hervorgehoben muss aber hierbei werden, dass, wenn der Betrag der zurücktretenden Post niedriger ist als der der vortretenden, letztere nur den Vorrang in Höhe des Betrages der zurücktretenden Post erhalten kann.

[21]) Protokolle 3, 94.
[22]) Vergl. dazu Protokolle 188 (S. 3471).
[23]) Vergl. Johow 28. S. A. 181.

Ein Beispiel mag das erläutern:

Betrug die an erster Stelle stehende Hypothek 50000 Mark, die an zweiter 10000 Mark, die an dritter 10000 Mark, die an vierter 60000 Mark und soll nun zwischen der ersten und der vierten eine Rangänderung eintreten, so wird sich die Reihenfolge folgendermassen gestalten:

IV. 50 000 Mark
II. 10 000 Mark
III. 10 000 Mark
IV. 10 000 Mark.
I. 50 000 Mark

Von grosser Bedeutung für das praktische Leben ist es, dass das Bürgerliche Gesetzbuch (im Anschluss an das bisherige Recht) dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit gegeben hat, nach seinem Belieben einer Hypothek, mit der er erst später sein Grundstück belasten will, den Rang vorzubehalten, ihr also eine günstigere rechtliche Stellung zu verschaften vor einer anderen schon an sich mit dem besseren Range versehenen Hypothek.

Praktisch bedeutungsvoll wird das vor allem im Baustellenverkehr werden. In den meisten Fällen wird ein Eigentümer nicht das Kapital besitzen, um einerseits das ganze Kaufgeld zu berichtigen und andererseits auch noch die Arbeitslöhne für die Bauhandwerker bezahlen zu können.

Für das Restkaufgeld lässt sich nun gewöhnlich der frühere Eigentümer eine Hypothek bestellen.

Der Dritte, von dem der Bauherr sich das Geld für den Bau selbst geben lässt, und dem dafür ebenfalls eine Hypothek, die sogenannte Baugeldhypothek, bestellt werden soll, wird sich nicht mit einem Rang **hinter** der Restkaufgeldhypothek begnügen.

Hier musste das Gesetz dem Eigentümer ein Mittel geben, durch das dem Baugeldgeber der Rang vor der anderen Hypothek vorbehalten würde.

Dem früheren Grundeigentümer wird ja auch die Stelle hinter der Baugeldhypothek genügen, da das Grundstück durch den Bau an Wert gewonnen hat. —[24])

Verständlicher wäre es wohl an sich, die erste Stelle ganz unbesetzt zu lassen und sie später durch die bevorzugte Hypothek

[24]) Motive: Bd. III, S. 233 ff.

auszufüllen,[25]) der Eigentümer kann jedoch gemäss § 881 Absatz 1 nur „sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen.“[26])

Zu beachten sind in diesem Paragraphen die Worte „bei der Belastung“ und „dem Umfange nach bestimmt.“[27]) Die ersteren sollen keineswegs bedeuten, dass der Vorbehalt unmittelbar zeitlich mit der Grundstücksbelastung zusammenfallen müsse, sondern man hat das Wort „bei“ sowohl zeitlich als auch räumlich zu verstehen. Es ist also sehr wohl eine nachträgliche Vorbehaltseintragung möglich.[28]) § 881 Absatz 1 will nur besagen, dass ein Vorbehalt überhaupt gemacht werden könne.[29]) v. Staudinger[30]) behauptet dagegen, dass nach einer Belastung nur noch von einer Rangänderung die Rede sein könne. „Einem nach der Eintragung entstehenden Bedürfnisse, die Rangstelle zu sichern, wird durch Eintragung einer Rangvormerkung genügt.“[31])

„Dem Umfange nach bestimmt“ ist das vorbehaltene Recht dann, wenn der Höchstbetrag sich aus dem Grundbuch ergibt, bis zu welchem der Vorrang Geltung haben soll.

Bei einer vorbehaltenen verzinslichen Hypothek muss der Zinsfuss oder der Höchstbetrag angegeben sein, bis zu dem auch die Zinsen den Vorrang haben sollen.

War die Hypothek als unverzinslich vorbehalten, so erhalten hinzugefügte Zinsen den Vorrang nicht, auch wenn sie den Zinssatz von 5 % nicht überschreiten, da in diesem Falle § 1119 B. G. B. nicht zur Anwendung kommen kann. weil

[25]) Vergl. das Mecklenburgische Recht.

[26]) Dass der Eigentümer zu dem gleichen Resultat durch Eintragung einer Eigentümergrundschuld gelangt, sei nebenbei erwähnt.

[27]) Vergl. dazu die Entscheidung des Kammergerichts bei Johow Bd. 28. S. A. 258.

[28]) Mit Fuchs § 881 Anm. III; Güthe S. 831 $\beta\,\beta$.

[29]) So auch Reichsgerichtskommentar zu § 881.

[30]) S. 124 u.

[31]) Derselben Ansicht sind auch Neumann § 881, I Anmerkung I; Predari S. 343; 606.

die Zinsen von der Erlangung des Vorranges ausgeschlossen sind.[32])

Das Wesen des Vorbehaltes ist rechtlich zu qualifizieren als Teil des Inhalts des Rechtes, bei dem er eingetragen ist; er ist ein Ausfluss der Verfügungsbefugnis, die dem Eigentümer auf Grund seines Eigentumsrechtes gemäss § 903 B. G. B. zusteht. Und zwar dem jeweiligen Eigentümer, wie sich aus Absatz 3 ergibt. Dieser erhält das Recht, die Rangrechte der in Frage stehenden Post auf spätere Posten zu übertragen und zwar durch seine einseitige Verfügung, der der zurücktretende Berechtigte zustimmen muss.[33])

Die Auffassung über den Vorbehalt, die lebhaft bekämpft ist,[34]) hat für die Aufhebung des Vorbehaltes wichtige Konsequenzen. Zur Aufhebung ist gemäss § 877 B. G. B. — es liegt ja eine Inhaltsänderung vor! — Einigung und Löschung erforderlich. Letztere ist, fasst man, wie **Fuchs**,[35]) den Vorbehalt als Belastung auf, nicht nötig. Das ist zwar logisch richtig, aber man muss trotzdem zu einer Ablehnung dieser Auffassung kommen. Auf das Bürgerliche Gesetzbuch ist diese jedenfalls nicht zu stützen.

Auch die Ansicht von Serini, der den Vorbehalt als Vormerkung (die sich ja im Gegensatze zum Widerspruch, der eine vorläufige Berichtigung ist, als vorläufige Berechtigung darstellt) ansieht, gibt kein klares Bild. Die Vormerkung wirkt doch ihrem Wesen nach gegen den Eigentümer, während der Rangvorbehalt gerade vom Eigentümer ausgeübt wird. — —

Damit dieser Vorbehalt nun auch dinglich wirksam wird, bedarf er gemäss § 881 Absatz 2 der Eintragung in das Grundbuch.

§ 881 schreibt vor: „Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muss bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll."

[32]) Die Beispiele sind dem Reichsgerichtskommentar (S. 779, 4) entnommen.

[33]) Matthiass § 152 III (S. 441). — A. A. Enneccerus-Wolff-Kipp S. 104.

[34]) Schoeller („Vorrechtseinräumung") 123 und Güthe S. 830, 19 nehmen bedingte Inhaltsbeschränkung an.

[35]) Fuchs zu § 881 Anm. 1.

Diese letztere Vorschrift erscheint auf den ersten Blick selbstverständlich und kaum erwähnenswert, da ja in den weitaus meisten Fällen das zu bevorzugende Recht noch gar nicht zur Entstehung gelangt ist. Und doch hat die Vorschrift indirekt zu Zweifeln Anlass gegeben. Es ist nämlich mit Recht die Frage aufgeworfen worden, ob der Rangvorbehalt, falls das bevorzugte Recht eingetragen wird, auch bei diesem eingetragen werden muss. Ob diese Eintragung obligatorisch oder ob sie nur aus Opportunitätsrücksichten erfolgen soll. Dieselbe Frage also, die schon gelegentlich der Behandlung der Rangänderung aufgetaucht ist und dort im ersteren Sinne entschieden wurde. Sie wird auch hier bejaht werden müssen.[36]) Und zwar vor allem auch hier wegen des Prinzips des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. —

Die wichtigste Frage, die den Rangvorbehalt betrifft, ist die, die sich mit dem Verhältnis des Vorbehalts zu den eingetragenen Zwischenhypotheken beschäftigt.[37])

Eine rein theoretische Betrachtung würde zu keiner Klarheit führen (man vergleiche nur den unklaren Text des Absatz 4 des § 881), man wird die Frage nur dann dem Verständnis näher bringen können, wenn man sie im Zusammenhang mit dem Erlös einer Zwangsversteigerung des Grundstücks beleuchtet, und darum soll aus Zweckmässigkeitsgründen hier (eigentlich wäre ja die Frage in dem nächsten Abschnitt zu erörtern) darüber gehandelt werden.

[36]) Endemann S. 57, 2; Achilles-Strecker S. 284; R. G. 19, 341 ff; Böhm S. 40; Biermann zu § 881, 1; Oberneck S. 202; Turnau-Förster S. 144; der erste Entwurf des B. G. B. § 842: „ . . . . Bei der Eintragung jenes (gemeint ist die vorher eingetragene Hypothek) Rechts ist der Vorbehalt und demnächst bei der Eintragung der vorbehaltenen Hypothek . . . der Vorrang derselben in das Grundbuch einzutragen . . .".

Zur Unterstützung der Richtigkeit der vertretenen Ansicht sei das Muster der Verordnung des Preussischen Justizministers vom 20. November 1899 herangezogen, das diesen Grundsatz in der Abteilung III Nr. 4 des Grundbuchformulars praktisch ausspricht.

[37]) Vergl. darüber vor allem die interessante Abhandlung von Serini, der allerdings von Langheineken (S. 279) Mangel an „erforderlicher mathematischer Stringenz" vorgeworfen wird. — Aber darauf dürfte es weniger ankommen. Für die Jurisprudenz ist die Abhandlung unbedingt förderlich gewesen.

§ 881 Absatz 4 bestimmt:

„Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde."

Das soll bedeuten, es soll die rechtliche Stellung des Gläubigers, bei dessen Recht der Vorbehalt eingetragen ist, nicht weiter als der Vorbehalt reicht, beeinträchtigt werden.

Auch hier wird die Sachlage wieder am klarsten durch Beispiele erläutert werden.

Vorweg bemerkt sei jedoch, dass für eine klare Interpretation des Absatz 4 und damit für eine richtige Berechnung es notwendig erscheint, den Sinn dieses Absatz 4 durch einige prägnante Sätze festzustellen.

Ohnedem erscheint es unmöglich, ein klares Bild von der Sachlage zu gewinnen. Diese Notwendigkeit haben auch die Protokolle nicht scharf genug beachtet und sind denn auch in einem Falle zu einer falschen Lösung gekommen.

Man wird sich zuerst die Stellung der vorbehaltslosen Zwischenpost klar machen müssen. Für sie ist der Vorbehalt ohne Bedeutung.

Stehen etwa an erster Stelle 20000 Mark, so gehen ihr eben diese 20000 Mark vor. Nicht mehr und nicht weniger.

Weiter soll gemäss Absatz 4 das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht, also die 20000 Mark, infolge der Zwischenbelastung dem Vorrange gegenüber keine Einschränkung erleiden, im Verhältnis der Vorbehaltshypothek und dem Vorbehalt zieht also, wie v. Staudinger[38]) sagt, immer „der Vorbehalt den Kürzeren".

Und endlich muss stets beachtet werden, dass von einer Minderung des Vorbehalts nur dann die Rede sein kann, wenn der Erlös aus der Zwangsversteigerung soviel beträgt, dass die Zwischenpost überhaupt zur Hebung gelangen kann, und zwar

[38]) Seite 29 b, $\beta$.

mindert sich der Vorrang dann um den Betrag, den die Zwischenhypothek liquidiert.

Angenommen also die erste Hypothek (A) betrüge 20000 Mark, die zweite (B) 3000 Mark und die vorbehaltene dritte (C) 10000 Mark und der Versteigerungserlös 25000 Mark, so ergibt die Anwendung der oben genannten Sätze folgendes Bild. Es erhalten

C. 7000 Mark
B. 3000 „
A. 15000 „

Beträgt dagegen der Erlös nur 10000 Mark, so muss C diese ganz erhalten. Also

C. 10000 Mark
B. 0 „
A. 0 „

Hier kommt ja die Zwischenpost garnicht zur Hebung. A wollte sich 10000 Mark vorgehen lassen und B ja sogar 20000 Mark.[39])

Dass der Absatz 4 eine ziemlich unglückliche Lösung der Frage bedeutet, dass diese Kreditform „wie ein Spiel" wirkt, wie Dernburg[40]) sagt, mag folgende Tabelle (nach Fuchs) beweisen. Man ersieht daraus deutlich die eigenartige Wirkung, dass es der Vorbehaltspost angenehmer sein muss, wenn ein geringerer Versteigerungserlös sich ergibt.

| Versteigerungserlös | Post A: 20000 M. | Post B.: 3000 M. | Post C.: 10000 M. |
|---|---|---|---|
| 8000 | | | 8000 |
| 9000 | | | 9000 |
| 10000 | | | 10000 |
| 11000 | 1000 | 3000 | 7000 |
| 12000 | 2000 | 3000 | 7000 |
| 13000 | 3000 | 3000 | 7000 |
| 14000 | 4000 | 3000 | 7000 |
| 15000 | 5000 | 3000 | 7000 |

u. s. w.

[39]) Hier liegt der oben erwähnte Fehler der Protokolle. Diese ziehen auch hier von dem Vorbehalt die Post des B. ab. P. III, 101.

[40]) Seite 612 u.

Wie gestaltet sich aber nun die Rechtslage, falls die Zwischenhypothek einen grösseren Betrag liquidiert als der Vorbehalt beträgt? Wenn also in unserm Beispiele B=12000 Mark ist?

Oben ist aus dem Prinzip des § 881 Absatz 4 der Satz abgeleitet worden, dass nur in solchen Fällen der Vorbehalt gemindert resp. überhaupt keine Wirkung mehr haben solle, wenn die Zwischenhypothek zur Hebung gelangt. Sie gelangt aber nur dann zur Hebung, wenn sich aus dem Versteigerungserlöse ein Betrag ergibt, der zur Befriedigung der beiden ersten Hypotheken ausreicht.

Mit dem angeführten Beispiel würde sich die Sachlage also folgendermassen gestalten.

Es soll wieder angenommen werden, dass der Versteigerungserlös 20000 Mark beträgt. Es ist also nicht die Summe erreicht worden, die zur Hebung des B ausreicht. Der Vorbehalt behält also seine Wirkung.

Es erhält also A 10000 Mark und C 10000 Mark, während B hier ausfällt. Das ist ja auch gerechtfertigt, denn er wollte sich ja auf jeden Fall 20000 Mark vorgehen lassen.

A hätte, falls keine Zwischenhypothek vorhanden gewesen wäre, 10000 Mark erhalten. Diese muss er auch jetzt bekommen, (das ist ja auch ein Prinzip aus § 881 Absatz 4!), während man die restierenden 10000 Mark, weil sich B 20000 Mark vorgehen lassen will, dem C zubilligen muss.

Es entwickelt sich hier folgende Tabelle:

| | Versteigerungserlös | Post A.: 20000 M. | Post B.: 12000 M. | Post C.: 10000 M. |
|---|---|---|---|---|
| I. | 20000 | 10000 | | 10000 |
| II. | 21000 | 11000 | 1000 | 9000 |
| III. | 30000 | 20000 | 10000 | |
| IV. | 32000 | 20000 | 12000 | |
| V. | 40000 | 20000 | 12000 | 8000 |

Zu IV und V ist zu bemerken, dass hier die Post B durch den Versteigerungserlös zur Hebung gelangt. In dem einen Fall (IV) erhält der Vorbehalt C infolgedessen garnichts,

in dem anderen Falle (V) muss er sich mit dem Ueberrest von 8000 Mark begnügen.

Im übrigen ist noch einmal betreffs A zu bemerken, dass dieser stets das erhalten hat und erhalten muss, was er ohne die Zwischenhypothek erhalten hätte.[41])

Man sieht, auch diese Entscheidungen haben viel willkürliches und führen zu sonderbaren Ergebnissen. Aber de lege lata muss man sich mit diesen unerfreulichen Konsequenzen abfinden.

Als Schluss dieser Betrachtung sei es gestattet, die treffenden Worte v. Staudingers[42]) anzuführen:

„Eine gewisse Beruhigung mag darin liegen, dass Absatz 4 regelmässig nur dann praktisch wird, wenn ein Gläubiger des Eigentümers im Wege der **Zwangsvollstreckung** oder des **Arrestes** eine Hypothek unmittelbar nach dem mit dem Vorbehalte belasteten Rechte eintragen lässt. Bei einer **rechtsgeschäftlichen** Weiterbelastung des Grundstücks dagegen hat wohl für die Regel der Eigentümer selbst ein Interesse daran, entweder diesem neuen Rechte gleich den vorbehaltenen Rang einzuräumen oder aber auch diesem neuen Rechte gegenüber den gleichen Vorbehalt wie bei dem bereits eingetragenen ausdrücklich zu vereinbaren und eintragen zu lassen. Es steht auch bei der Praxis, den Eintritt des mit Schwierigkeiten und Unbilligkeiten verbundenen Absatz 4 im rechtsgeschäftlichen Verkehre soviel als möglich hintanzuhalten."

---

Wenn wir im ersten Abschnitte dieser Arbeit die Bedeutung des Ranges der Hypothek nach der theoretischen Seite (bei der Behandlung des Rangvorbehaltes musste eine not-

[41]) Endemann II, F 14, 2 behauptet, dass der Vorbehalt in jedem Falle ohne Wirkung sein solle, falls die Zwischenhypothek grösser wäre als der Vorbehalt. — Zu einer derartigen Auffassung liegt keine Veranlassung vor.

[42]) Seite 129 u.

wendige Ausnahme gemacht werden) betrachtet haben, so wird es nun die Aufgabe dieses Abschnittes sein, die praktische Seite zu erörtern.

Die Rangordnung ist ja, wie gezeigt werden soll, für das geringste Gebot, für die Verteilung des Versteigerungserlöses bei der Zwangsversteigerung und für die Verteilung der Verwaltungsüberschüsse bei der Zwangsverwaltung von der allergrössten Bedeutung.

Beschäftigen wir uns zuerst mit der Bedeutung der Rangordnung für das geringste Gebot, so muss notwendigerweise erst kurz der Begriff dieses geringsten Gebotes erläutert werden.

Betreibt einer der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks, so fragt es sich, welche Summe mindestens erreicht werden muss, um einem Bieter den Zuschlag zu erteilen.

Das geltende Recht stellt diese Summe auf den Betrag, der die Kosten des Verfahrens deckt und ausserdem, gemäss dem Deckungsprinzipe, die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte aller Art.

Es besteht also aus einem Bar- und einem Uebernahmegebot.

Der praktisch einfachste Fall ist also der, dass, wenn beispielsweise 5 Hypothekengläubiger vorhanden sind und etwa der dritte die Zwangsversteigerung betreibt, sich das geringste Gebot auf die Kosten des Verfahrens und die ersten beiden Hypotheken stellt.

Wie aber, wenn zugleich mehrere Gläubiger, die verschiedenen Rang haben, das Verfahren betreiben?

Aus dem Gesetz selbst ist die Beantwortung der Frage nicht unmittelbar zu entnehmen.

Aus dem erwähnten Deckungsprinzip folgt jedoch, dass jeder Gläubiger sich grundsätzlich nur die Aufnahme der **ihm** vorgehenden Hypothekengläubiger gefallen zu lassen braucht, damit die Summe des geringsten Gebotes sich so niedrig wie möglich stellt. Denn je niedriger das geringste Gebot, desto grösser die Aussicht, dass giltige Gebote abgegeben werden.

Betreibt also der dritte und der fünfte Gläubiger die Versteigerung, so werden nur die zwei ersten Hypotheken in das geringste Gebot aufgenommen.

Unter Umständen kann jedoch der Fall eintreten, dass das geringste Gebot nach einem nachstehenden Rechte berechnet werden muss. Nämlich dann, wenn ein vorstehendes Recht dem einen der Hypothekengläubiger wirksam, dem anderen betreitreibenden Gläubiger gegenüber jedoch unwirksam ist, (wenn z. B. versehentlich gelöscht worden ist).

Wenn also B und C die Zwangsversteigerung betreiben und das Recht des A ist B gegenüber wirksam, C gegenüber jedoch unwirksam. — In diesem Falle kann C, trotzdem er nachsteht, verlangen, dass das geringste Gebot nach seinem Anspruch berechnet wird.[43])

Die Motive (S. 166) hatten das auch ausdrücklich bestimmt. Sie wollten für jeden Antragsteller das geringste Gebot ohne Rücksicht auf die übrigen bestimmt wissen und sodann von den mehreren geringsten Geboten das niedrigste festgestellt sehen. Und auch der erste Entwurf (§ 64) bestimmt, dass der Antrag desjenigen der mehreren Gläubiger für das geringste Gebot der massgebende sei, „nach dessen Recht das Gebot am niedrigsten bestimmt werden kann."

Diese Vorschrift ist später mit Recht gestrichen worden, da die angenommene Konsequenz sich schon aus dem Deckungsprinzipe ergibt. Dem später folgenden C gegenüber ist ja das Recht A gar nicht wirksam.

Das Gesetz (§ 44) selbst steht dem nicht entgegen, da nirgends steht, dass immer die vorgehende Post berücksichtigt werden müsse. Und darum muss auch die gegenteilige von Wolff[44]) vertretene Anschauung als nicht haltbar angesehen werden.

Für die praktische Durchführung bietet allerdings, wie ausdrücklich bemerkt werden muss, ein derartiger Fall (dass also eine der Posten dem einen Recht gegenüber wirksam, dem anderen gegenüber unwirksam ist) sehr grosse Schwierigkeiten.

---

[43]) Jaeckel-Güthe S. 184; Fischer-Schaefer S. 216; Steiner S. 125; Reinhard S. 222/3.

[44]) Wolff S. 145 will wegen der erwähnten Streichung aus § 44 Abs. 2 entnehmen, dass **in allen Fällen** der **vorgehende** Gläubiger berücksichtigt werden müsste. Das ist aber eine Verkennung der Bedeutung des Absatz 2.

Soll nämlich der Versteigerungserlös verteilt werden und war die Besetzung folgendermassen:

Post I 10000 Mark
„ II 10000 „
„ III 10000 „

und betrug der Erlös ebenfalls 10000 Mark, so kann er keiner der 3 Posten zugesprochen werden. Der Post I nicht, weil sie Post III gegenüber unwirksam ist, der Post III nicht, weil sie Post II nachsteht und Post II nicht, weil ihr gegenüber ja die Post I zu recht besteht.

Man wird der Schwierigkeit am besten begegnen, wenn man jeder der Posten ein Drittel des Erlöses zuerkennt,[45] wenngleich ein derartiges Verfahren etwas gewaltsam erscheint.

Oben ist erörtert worden, dass eine nachträgliche Aenderung des Ranges gemäss § 880 B. G. B. möglich ist. Diese Rangänderung ist für das geringste Gebot von grosser Bedeutung.

Nehmen wir an, das Grundstück ist in folgender Weise belastet:

für A 10000 Mark
„ B 5000 „
„ C 4000 „
„ D 2000 „

B hat dem D seinen Rang eingeräumt. Die Rangänderung würde also folgendes Ergebnis haben:

A 10000 Mark
D 2000 „
B 3000 „ [46]
C 4000 „
B 2000 „

Angenommen der vortretende D betreibt die Zwangsversteigerung, so kann, wie sich aus der dinglichen Natur der Rangänderung ergibt, nur das geringste Gebot (ausser den Kosten) 10000 Mark (also die Post des A) betragen.

Als unrichtig erscheint die Ansicht von Fuchs,[47] der in

[45] Mit v. d. Pfordten S. 121.

[46] Vergleiche S. 12 o. der Arbeit.

[47] S. 97; ebenso Planck Bem. 4, b, $\beta$., zu § 880.

diesem Falle auch die Zwischenberechtigten berücksichtigt wissen will, „denn ihre Rechte sollen durch die Rangänderung nicht berührt werden.“

Aber man beachte doch einmal die Konsequenzen einer derartigen Auffassung.

In dem angeführten Beispiel:

A 10000 Mark
D 2000 „
B 3000 „
C 4000 „
B 2000 „

würde sich, falls C berücksichtigt werden sollte, ergeben:

A 10000 Mark
C 4000 „
D 2000 „
B ⎫ 3000 „
B ⎭ 2000 „

Kommen nun nur 16000 Mark zur Hebung, so würde B völlig ausfallen, und D würde seinen ihm von B zugewiesenen Rang überhaupt nicht zur Geltung bringen können!

Fuchs[48]) geht soweit, dass er behauptet, die Zwischenberechtigten könnten die Aufnahme sogar des **zurücktretenden** Rechts in das geringste Gebot verlangen, „weil sonst ihre Rechte durch Verkleinerung des geringsten Gebotes und des Bieterkreises beeinträchtigt werden würden.“

Aber das Streben des Gesetzes geht ja gerade dahin, das geringste Gebot so niedrig wie möglich zu gestalten, damit es im Bietungstermin erreicht wird, und ausserdem steht diese ganze Auffassung im völligen Widerspruch zur Dinglichkeit des Vorranges.

C wollte sich ja 15000 Mark vorgehen lassen und D, der das Verfahren betreibt, hat ja den Rang des B inne.

Wie steht es aber, wenn die vortretende Post grösser ist als die zurücktretende? Also:

A 10000 Mark
B 2000 „
C 3000 „
D 5000 „

[48]) Seite 98.

Mit Rangänderung:

A 10000 Mark
D 2000 „ [49])
C 3000 „
D 3000 „
B 2000 „

Wenn nun der vortretende D die Zwangsversteigerung betreibt, so kommt auch hier C nicht für das geringste Gebot in Betracht. D betreibt das Verfahren sowohl wegen seiner an vierter Stelle stehenden 3000 Mark (die nicht in Frage kommen), aber auch wegen der an bevorrechtigter Stelle stehenden 2000 Mark. Für die Nichtbeachtung des C kommt also auch hier das oben Angeführte in Betracht.[50])

Betreibt nun der zurücktretende B die Zwangsversteigerung, so muss wieder unterschieden werden, ob die vortretende Post grösser oder kleiner ist als die zurücktretende.

Im letzteren Falle, also bei folgendem Beispiel:

A 10000 Mark
B 5000 „
C 3000 „
D 2000 „

mit Rangänderung:

A 10000 Mark
D 2000 „
B 3000 „
C 3000 „
B 2000 „

ergibt sich für das geringste Gebot also, dass nur (ausser den Kosten) A und D in Betracht kommen. C erleidet ja wiederum keinen Nachteil, da er ja auf jeden Fall sich 15000 Mark vorgehen lassen wollte und B betreibt vor allem auch hinsichtlich seiner 3000 Mark das Verfahren.

Ist das vortretende Recht grösser als das zurücktretende, also:

[49]) D kann hier nur 2000 Mark liquidieren, weil C nur 12000 Mark vorgehen dürfen!

[50]) Jäckel-Güthe S. 192; Reinhard S. 226; Steiner S. 126; Niedner S. 69 u.

A 10000 Mark
B 2000 „
C 3000 „
D 5000 „

mit Rangänderung:

A 10000 Mark
D 2000 „
C 3000 „
D 3000 „
B 2000 „ ,

so kommen die Posten A, D, C, D in Frage. In diesem Falle behält das Zwischenrecht C also seine Bedeutung. —

Wenn der Zwischenberechtigte C der betreibende Gläubiger ist. so kommen immer die ihm vorgehenden Posten in das geringste Gebot.

Sind überhaupt keine Zwischenrechte vorhanden, ist also die Reihenfolge folgende:

A 10000 Mark
C 3000 „ (vortretend)
B 5000 „ (zurücktretend),

so ergibt sich wiederum aus der dinglichen Wirkung der Rangordnung, dass je nachdem C oder B das Verfahren betreibt, nur A oder A und C für das Mindestgebot in Frage kommen.[51])

Dass die Rangänderung überhaupt keine Rolle spielt, wenn beispielsweise A oder ein fünftes Recht E die Zwangsversteigerung betreibt (hier fallen ja sämtliche vorgehenden Rechte in das geringste Gebot), sei als selbstverständlich nebenbei erwähnt.

Der Erwähnung wert ist auch kurz noch folgender Fall, der sehr leicht praktisch werden kann. Wäre nämlich der Inhaber der zweiten Post kein Hypothekengläubiger, sondern z. .B ein Servitutberechtigter gewesen und hätte dieser einer ursprünglich an vierter Stelle stehenden Hypothek seinen Rang eingeräumt und betriebe der Hypothekengläubiger das Ver-

[51]) Beantragt war in der 2. Lesung der Reichstagskommission (C. B. Seite 117 Nr. 29) ein Absatz 3 zu § 44: „Bei der Feststellung des geringsten Gebotes sind auch Vorrechte zu berücksichtigen, welche durch Vorrechtseinräumungen begründet und im Grundbuche eingetragen sind." — Mit Recht wurde dieser Antrag, weil überflüssig, später zurückgezogen.

fahren, so könnte die Zwischenpost verlangen, dass sie im geringsten Gebote berücksichtigt werde, da gemäss § 880 Absatz 5 der Zwischenberechtigte durch die Rangänderung nicht benachteiligt werden darf, und das würde er ja, da die Servitut nicht das Grundstück zur Versteigerung bringen konnte, da sie ja nicht auf die Zahlung einer Geldsumme geht.[52])

Betreibt die Zwischenpost die Versteigerung, so muss, um eine eventuelle Berücksichtigung der Rangänderung festzustellen, ein doppeltes Ausgebot erfolgen, einmal unter Berücksichtigung der vortretenden und das andere Mal der nachstehenden Post.

Aber nicht nur die Rangänderung, sondern auch der oben geschilderte Rangvorbehalt ist für die Feststellung des geringsten Gebotes von Bedeutung.

Angenommen das Grundstück wäre belastet für A mit 10000 Mark, für B mit 6000 Mark und für C mit 8000 Mark. A sei das Recht, bei dem der Vorbehalt eingetragen ist und C das begünstigte Recht, so ergibt sich folgende Reihentolge.

C 2000 Mark (die Differenz zur Post B) [53])
A 8000 „
B 6000 „
A 2000 „
C 6000 „

Betreibt nun A die Versteigerung, so kommt nur die Post C für das geringste Gebot in Betracht. A betreibt ja auch für seine 8000 Mark, und da ihm hier B nachgeht, kommt dieser nicht in Frage.

Betreibt B das Verfahren, so kommen C und A (8000 Mark) in das Mindestgebot. B wollte sich ja 10000 Mark vorgehen lassen und ob diese dem A allein oder dem C **und** A zustehen, kann ihm gleichgiltig sein.

Betreibt C, so kommt weder A noch B für das geringste Gebot in Betracht. —

[52]) Vergl. Planck zu § 880 B. G. B.; v. d. Pfordten S. 117/8; Steiner S. 127.

[53]) Planck Bem. 5 b zu § 881; Reinhard S. 229.

In dem oben angeführten Beispiel wurde angenommen, dass der Vorbehalt durch die Zwischenpost B nicht erschöpft wurde. Ist dies der Fall, betragen also z. B. alle 4 Posten 10000 Mark, so kann der Vorbehalt für das geringste Gebot nicht in Frage kommen, falls A das Verfahren betreibt.

Das ergibt sich aus § 881 Absatz 4.

Aber auch die Post B kommt nicht in Betracht, weil sie ja hinter A steht und A nicht etwa, wie in dem oben erörterten Falle, seinen Rang abgetreten, sondern nur seinen Rang vorbehalten hat. Hier sind also nur die Kosten des Verfahrens für das Mindestgebot zu beachten.

Ist die Zwischenpost B der betreibende Gläubiger, so kommt A in das geringste Gebot.

Betreibt die Vorbehaltspost C, so ist sowohl A wie B in das geringste Gebot aufzunehmen. Erwähnt sei an dieser Stelle die praktisch wichtige Entscheidung des Reichsgerichts (R. G. 5, 10, 07; mitgeteilt bei Jaeckel S. 193), wonach der Vorbehalt überhaupt nicht berücksichtigt wird, falls zur Zeit der Feststellung des geringsten Gebotes das Recht, zu dessen Gunsten der Vorbehalt lautet, noch nicht eingetragen ist. Der unbenutzte Vorbehalt erlischt dann mit dem Zuschlag.

Wenden wir uns nunmehr zu dem zweiten Punkt der Bedeutung des Ranges der Hypothek bei Gelegenheit einer Zwangsversteigerung des Grundstücks. Und zwar zu der Bedeutung des Ranges bei der Verteilung des Erlöses.

Gemäss § 109 Zwangsversteigerungsgesetz sind: „aus dem Versteigerungserlöse die Kosten des Verfahrens vorweg zu entnehmen, mit Ausnahme der durch die Anordnung des Verfahrens oder den Beitritt eines Gläubigers, durch den Zuschlag oder durch nachträgliche Verteilungsverhandlungen entstehenden Kosten.

Der Ueberschuss wird auf die Rechte, welche durch Zahlung zu decken sind, verteilt.“

Diese Vorschrift wird ergänzt durch die §§ 10 ff. § 10 erwähnt die Ansprüche aus Rechten an dem Grundstücke (also vor allem die Hypotheken) in der vierten Klasse der Rang-

ordnung. § 11 bestimmt, dass wenn Ansprüche aus verschiedenen Rechten nach Klasse IV . . . zu befriedigen wären, für diese Ansprüche das Rangverhältnis massgebend sein solle, welches unter den Rechten bestehe.

Daraus folgt, dass auch hier wieder die Vorschritten der §§ 879, 880 und 881 B. G. B. zur Anwendung kommen müssen. (Für die vor dem Jahre 1900 begründeten Rechte bleibt es gemäss Artikel 184 E. G. B. G. B. bei der Landesgesetzgebung.)

Wie werden daher im wesentlichen auf das im ersten Teil der Arbeit Erörterte verweisen können.

Der Rang und demnach die Befriedigung aus dem Erlöse richtet sich also bei Eintragungen in derselben Grundbuchabteilung nach der Reihenfolge der Eintragungen, in verschiedenen Abteilungen nach dem Datum. (Unter Angabe desselben Tages eingetragene Rechte haben gleichen Rang.)

Hier liegt der Fall also für die Verteilung am einfachsten.

Komplizierter wird es, wenn der Rang von den Parteien nachträglich geändert wird.

Wir hatten gesehen, dass dem Rang ein selbständiger Charakter beiwohnt, der also von dem Recht beliebig getrennt werden kann. Daraus folgt, dass das vortretende Recht zwar den Rang der früher vorstehenden, nun zurückgetretenen Post ausübt, aber sein eigenes Pfandrecht.[54])

Wie ist nun der Erlös bei eingetretener Rangänderung zu verteilen?

Angenommen die Hypothek des A betrage 2000 Mark, die des B 5000 Mark und die des C 10000 Mark, dann muss sich mit Rangänderung ergeben (wenn A dem C seinen Rang einräumt):

C 2000 Mark
B 5000 „
C 8000 „
A 2000 „

Der Erlös mag 10000 Mark betragen. C erhält also 2000 Mark, B 5000 Mark.

Ob C oder A die restierenden 3000 Mark erhält, wird sich danach richten, ob A hinter die ganze Post C oder hinter

[54]) Mit Fuchs S. 98; Jaeckel-Güthe S. 65.

einen Teil dieser zurücktreten wollte. Im Zweifelsfalle ist ersteres anzunehmen und die Frage zu Gunsten des C zu entscheiden.

Gestaltet sich das Verhältnis jedoch so, dass ein Erlös erzielt wird, der mehr beträgt, als Post A + C zusammen, also etwa 14000 Mark und war das Rangverhältnis folgendes:

A 8000 Mark
B 5000 „
C 2000 „

mit Rangänderung:

C 2000 Mark
A 6000 „ (B kann ja gleichgiltig sein, wem die ihm auf jeden Fall vorgehenden 8000 Mark zustehen).
B 5000 „
A 2000 „

so wird der Erlös so verteilt werden müssen, dass

C 2000 Mark
A 6000 „
B 5000 „
A 1000 „
} 14000 Mark

erhält.

Praktisch wichtig und erwähnenswert ist auch die Folge der Rangänderung bei Gesamthypotheken.

Es bestehen für eine Forderung des A auf 3 Grundstücken Hypotheken in Höhe von 2000 Mark, für B auf 2 Grundstücken in Höhe von 1000 Mark und für C auch auf 2 Grundstücken in Höhe von 2000 Mark der erwähnten 3 Grundstücke Gesamthypotheken, also folgendermassen:

| | | A | B | C |
|---|---|---|---|---|
| Grundstück | a | 2000 | 1000 | 2000 |
| „ | b | 2000 | 1000 | |
| „ | c | 2000 | | 2000 |

A hat auf a dem C den Vorrang eingeräumt. Bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks a sind 2000 Mark (ausser Kosten) erlöst worden, die also kraft seines Vorranges C allein erhält.

Das Grundstück c wird nun auch in Bezug auf C frei, da ja C sein eigenes Pfandrecht ausgeübt hat (§ 1181 Absatz 2 B. G. B.).

An sich könnte nun A in Höhe seiner 2000 Mark vor B Befriedigung verlangen. Dieses Recht hat ja aber schon C auf Grund seines Vorranges ausgeübt. Daraus ergibt sich, dass auf Grundstück b B verlangen kann, vor A den Vorrang zu erhalten. A hat ja schon sein Vorrecht durch C ausgeübt und doppelt kann er sein Recht nicht geltend machen.[55]

Ist unter den Parteien ein Rang**vorbehalt** vereinbart worden, so ist das Erforderliche schon oben auf Seite 17 ff erörtert worden. Es kann also hier auf das dort ausgeführte verwiesen werden.

Für die Frage nach der Bedeutung des Ranges der Hypothek hinsichtlich der Verteilung der Verwaltungsüberschüsse bei einer Zwangsverwaltung kommt § 155 Absatz 2 Z. V. G.[56] in Frage. Und zwar in Verbindung mit dem erwähnten § 11 Z. V. G. Es gelten also auch hier die Regeln, die sich für die Verteilung des Versteigerungserlöses ergeben haben.

---

Bevor wir uns nun in dem folgenden dritten Teil der Arbeit mit dem Range der für das „Gesetz über die Sicherung

[55]) So auch Eccius III, S. 588 Anm. 18; Krech-Fischer, Gesetz von 1883 S. 175; Fischer-Schaefer Note 4; Turnau-Förster Note 7 zu § 880; Jaeckel-Güthe S. 66; Fuchs Note 10 zu § 880.

[56]) § 155 Z. V. G. lautet:

„Aus den Nutzungen des Grundstücks sind die Ausgaben der Verwaltung sowie die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme derjenigen, welche durch die Anordnung des Verfahrens oder den Beitritt eines Gläubigers entstehen, vorweg zu bestreiten.

Die Ueberschüsse werden auf die im § 10 No. 1—5 bezeichneten Ansprüche verteilt, auf die Ansprüche der zweiten, dritten und vierten Klasse jedoch nur insoweit, als laufende Beträge wiederkehrender Leistungen zu berichtigen sind".

der Bauforderungen“ in Betracht kommenden Bau- und Baugeldhypothek, insbesondere über den Rang der gewöhnlichen Hypothek im Verhältnis zu diesen Hypotheken beschäftigen, müssen wir kurz die Begriffe dieser Hypotheken selbst klar stellen.

Die Baugläubiger, das sind gemäss § 18 des Gesetzes die an der Herstellung des Gebäudes auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages Beteiligten, sowie diejenigen, welche zur Herstellung des Gebäudes Sachen geliefert haben, sofern die Werk-, Dienst- oder Lieferungsverträge von dem Eigentümer der Baustelle oder für seine Rechnung geschlossen worden sind, haben nach der Eintragung des Bauvermerkes für ihre Bauforderungen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek. Diese wird vom Gesetz „Bauhypothek“ genannt (§ 11). Und zwar wird sie, falls die Bauforderungen ordnungsmässig angemeldet waren, von Amtswegen eingetragen. Sie ist eine notwendige Sicherungshypothek (§ 27).

Die Baugeldhypothek, von der schon oben die Rede war (S. 12), ist eine zu Gunsten eines solchen Gläubigers eingetragene Hypothek, der die Gewährung von Baugeld übernommen hat.

Gemäss § 32 richtet sich nun der Rang der Bauhypothek gegenüber anderen dinglichen Rechten nach der Eintragung des Bauvermerkes. Dieser Bauvermerk wird vor dem Beginne des Baues auf dem Grundbuchblatt der betreffenden Baustelle eingetragen. Mit seiner Eintragung erwerben die Baugläubiger den Anspruch auf Eintragung einer Hypothek für ihre Forderungen (Bauhypothek), (siehe § 11 des Gesetzes).

Von diesem Grundsatze, dass sich der Rang der Hypothek nach dem Vermerk richtet, macht jedoch das Gesetz im § 32 zwei Ausnahmen.

Die eine liegt in den Worten „unbeschadet der Vorschriften über Baugeldhypotheken“, die andere in dem zweiten Satze des Absatz 1 „Niessbrauchs- und Wohnungsrechte stehen jedoch der Bauhypothek im Range nach“.

Zu dieser letzteren Vorschrift, die ja bewusst von den Grundsätzen des Grundbuchrechts abweicht, wird von der Be-

gründung des Gesetzes ausgeführt,[56]) dass das Wohnungsrecht ohne das Gebäude, welches auf Kosten der Baugläubiger errichtet ist, gegenstandslos ist, „soweit der Niessbrauch an dem unbebauten Grundstück einen Wert hatte, wird sein Wert durch das Gebäude so ausserordentlich gesteigert, dass es nur gerecht ist, den Baugläubigern den Vorrang vor dem Niessbrauch einzuräumen, zumal die Ausführung des Baues ohne Zustimmung des Niessbrauchers nicht erfolgen konnte".[57])

Sehr einfach wird sich nun die Sachlage gestalten, wenn im Grundbuch der Bauvermerk unmittelbar hinter dem Wohnungs- resp. Niessbrauchrecht steht. Dann tauschen die Rechte einfach mit ihren Rängen.

Komplizierter gestaltet sich wieder die Rechtslage, wenn zwischen den Vermerk und den Niessbrauch sich Zwischenhypotheken schieben.

Diese Frage, die schon im ersten Teil der Arbeit eine wichtige Rolle gespielt hat, ist auch hier von grosser Bedeutung.

Sie ist in der (naturgemäss etwas spärlichen) Literatur (das Gesetz wurde am 5. Mai 1909 in dritter Lesung vom Reichstag angenommen, der Bundesrat stimmte ihm am 13. Mai 1909 zu und der Kaiser vollzog es am 1. Juni 1909[58]) —) lebhaft behandelt worden.

Es sei nun gestattet, hier bei dem angewendeten Beispiel der grösseren Anschaulichkeit[59]) wegen auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Rangänderung (§ 880) zurückzugreifen, die aus Gründen der Logik hier angewendet werden könnten, um dann zu zeigen, dass wegen der unerwünschten Konsequenzen für die Praxis (— und dieses Gesetz ist doch vor allem für die Bedürfnisse des praktischen Lebens geschaffen! —) eine analoge Anwendung doch nicht gerechtfertigt ist.

An folgendem Beispiel soll die Rechtslage erörtert werden:

[56]) Mitgeteilt bei Simon S 88.

[57]) Der Niessbrauche ist ja unmittelbarer Besitzer (§ 1036 B. G. B.).

[58]) Bemerkt sei an dieser Stelle, dass der 2. Abschnitt des Gesetzes, in dem sich auch die hier erörterten Bestimmungen befinden, noch nicht in Kraft getreten ist.

[59]) Nach dem Vorbild von Schneider.

Es lasten auf dem Grundstück ein Niessbrauch (der mit 10000 Mark angesetzt wird), eine Hypothek in Höhe von 4000 Mark, die Bauhypothek in Höhe von 2000 Mark und endlich die Baugeldhypothek in Höhe von 2000 Mark. Also:

I. Niessbrauch 10000 Mark
II. Hypothek 4000 „
III. Bauhypothek 2000 „
IV. Baugeldhypothek 2000 „

Räumt nun Post I Post III und diese der Post IV den Vorrang ein, so würde sich gemäss § 880 B. G. B. (siehe Seite 11/12) folgendes Bild ergeben:

IV. Baugeldhypothek 2000 Mark
I. Niessbrauch 8000 „ (die Post I will sich 2000 Mark vorgehen lassen. Da dieser vorgehende Rang aber schon besetzt ist, muss die Bauhypothek zurücktreten. Post I gebührt diese zweite Stelle, weil sie sich nur 2000 Mark vorgehen lassen will.
II. Hypothek 4000 Mark. (Diese wird ja gemäss § 880 Absatz 5 nicht berührt. Sie will sich nur, braucht sich auch nur 10000 Mark vorgehen zu lassen. Aus diesem Grunde konnte auch Post I anstatt 10000 Mark an zweiter Stelle nur 8000 Mark liquidieren.)
I. Niessbrauch 2000 Mark.
III. Bauhypothek 2000 Mark.

Beträgt nun der Versteigerungserlös beispielsweise 16000 Mark, so fällt die Bauhypothek vollständig aus, ein Ergebnis, das dem Zwecke des Gesetzes natürlich völlig zuwiderläuft.

§ 32 des Gesetzes bestimmt nun, wie schon erwähnt, dass der Niessbrauch den Rang hinter der Bauhypothek erhalten soll, und im § 34 des Gesetzes ist gesagt, dass die Baugeldhypothek unter gewissen Voraussetzungen den Vorrang vor der Bauhypothek erhält. Bei Anwendung dieser Sätze, würde sich folgendes ergeben:

I. Hypothek 4000 Mark
II. Baugeldhypothek 2000 „
III. Bauhypothek 2000 „
IV. Niessbrauch 10000 „

Eine derartige Bevorzugung der Hypothek I, auf die sie niemals rechnen konnte und die darum ungerechtfertigt erscheint, kann von dem Gesetzgeber unmöglich beabsichtigt gewesen sein. Der Gedanke des Gesetzes ist vielmehr der, dass die Zwischenhypothek (4000 Mark) hinter 4000 Mark im Range zurückbleiben muss, gleichgiltig, wem diese 4000 Mark zustehen.[60])

Als Ergebnis hat also folgendes zu gelten:

I. Baugeldhypothek 2000 Mark
II. Bauhypothek 2000 „
III. Hypothek 4000 „
IV. Niessbrauch 10000 „

Bei einem Versteigerungserlöse von 16000 Mark fällt also der Niessbrauch in Höhe von 2000 Mark aus. —

Gemäss § 11 Absatz 2 Satz 2 hat der Bauvermerk die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Bauhypothek. Daraus ergibt sich, dass der Vorrang schon dem Vermerke zusteht und dass also die Baugläubiger durch irgend welche rechtsgeschäftlichen Rangänderungen der Vorgehenden nicht beeinträchtigt werden können.

Hat beispielsweise der Niessbrauch der Hypothek seinen Rang eingeräumt, so erlangt trotzdem die Bauhypothek den dem Niessbrauch ursprünglich zustehenden ersten Rang.[61])

In der Behandlung ähnlich, im Ergebnis jedoch, aus praktischen Gesichtspunkten wiederum, sehr verschieden, gestaltet sich das Verhältnis etwaiger Hypotheken, falls eine Baugeldhypothek vorhanden und die Hypothek hinter dem Bauvermerk eingetragen ist.

Steht die Baugeldhypothek hinter der Bauhypothek, also

I. Bauhypothek
II. Baugeldhypothek
III. Hypothek,

[60]) So auch Hagelberg S. 334; Schneider S. 143/4.
[61]) Hagelberg S. 335.

so gestaltet sich wieder wie oben die Rechtslage sehr einfach, indem die Post II die Stelle der Post I und umgekehrt erhält.

Gemäss § 34 gebührt ja der Baugeldhypothek, soweit durch eine in Anrechnung auf das Baugeld geleistete Zahlung eine Bauforderung getilgt worden ist, der Vorrang vor der Bauhypothek und den dem Bauvermerke gleichstehenden Belastungen (§ 13 Absatz 1).

Anders wiederum liegt es, wenn sich die Hypothek zwischen Bauhypothek und Baugeldhypothek schiebt.

Wollte man auch hier wieder mit analoger Anwendung des § 880 B. G. B. vorgehen, so würde man auch hier, wie das folgende Beispiel zeigen wird, zu unerwünschten Konsequenzen kommen.

Liquidiert die Bauhypothek 50000 Mark, die Zwischenhypothek 40000 Mark und die Baugeldhypothek 30000 Mark, so würde sich bei analoger Anwendung des § 880 B. G. B folgende Reihenfolge ergeben:

| | | |
|---|---|---|
| I. Baugeldhypothek | 30000 | Mark |
| II. Bauhypothek | 20000 | „ |
| III. Zwischenhypothek | 40000 | „ |
| IV. Bauhypothek | 30000 | „ |

Bei einer derartigen Berechnung würde jedoch die Zwischenhypothek Post III einen unverdienten günstigen Platz erlangen, da sie hinter dem Bauvermerk eingetragen war und nicht wissen konnte, wie hoch sich die Bauhypothek einmal stellen würde, andererseits hätte aber der ganzen Tendenz des Gesetzes zuwider die Bauhypothek in ihrem Restbetrage von 30000 Mark einen unverdienten Nachteil erlitten.

Sie (das heisst die Baugläubiger) will das Gesetz schützen. Und darum wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Zwischenhypothek hinter die ganze Höhe der Bauhypothek zurückzutreten hat, dass sich also folgende Reihenfolge ergeben muss:

| | | |
|---|---|---|
| I. Baugeldhypothek | 30000 | Mark |
| II. Bauhypothek | 50000 | „ |
| III. Hypothek | 40000 | „ [62] |

[62] Uebereinstimmend Schneider S. 153

Werfen wir nun zum Schluss kurz einen Rückblick auf die gefundenen Resultate, so sehen wir, dass der Rang der Hypothek in theoretischer und praktischer Hinsicht von entscheidender Bedeutung ist.

Mussten auch an manchen Stellen nicht ganz erwünschte Konsequenzen gezogen werden, so waren diese doch de lege lata schlechterdings nicht zu vermeiden.

Bei dem „Gesetze über die Sicherung der Bauforderungen" wird es, wenn dessen zweiter Abschnitt erst in Kraft getreten ist, Sache der Praxis sein, unerfreuliche, dem Bedürfnisse des praktischen Lebens entgegenstehende Konsequenzen zu vermeiden, wie es auch nach Möglichkeit schon in dieser Arbeit geschehen ist.

## Berichtigungsverzeichnis.

S. 16 Zeile 17 von oben ist hinzuzufügen: (Nach dem Vorbild v. Staudingers).